

TÉNGASE POR PRESENTADOS LOS DESCARGOS

RES. EX. N° 5 / ROL F-030-2018

Santiago, 16 NOV 2018

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LO-SMA); en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante, LBPA); en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta RA 119123/58/2017, de 27 de diciembre de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente; y en la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Res. Ex. N° 1 / Rol F-030-2018, de 5 de septiembre de 2018, esta Superintendencia formuló cargos a ENAP Refinerías S.A. (en adelante, ENAP o la Empresa), dando inicio a un procedimiento sancionatorio por presuntas infracciones a lo dispuesto en la Res. Ex. N° 53/2005, que califica favorablemente el proyecto "Mejoramiento Sistema de Tratamiento de Riles del Terminal Quintero", así como al D.S. N° 90/2000 MINSEGPRES.

2. Con fecha 7 de septiembre de 2018, ENAP solicitó la ampliación de los plazos otorgados para presentar un Programa de Cumplimiento y formular descargos. Mediante Res. Ex. N° 2 / Rol F-030-2018, de 11 de septiembre de 2018, se acogió la solicitud de ENAP, otorgando un plazo adicional de cinco días y siete días, respectivamente, contados desde el vencimiento de los plazos originales.

3. El 11 de septiembre de 2018, ENAP solicitó la entrega de una copia, a su costa, del audio de la declaración presentada por Cristián Núñez Riveros ante esta Superintendencia, efectuada con fecha 27 de agosto de 2018, en cumplimiento a lo ordenado por Res. Ex. N° 1069, de 24 de agosto de 2018. Se accedió a la solicitud mediante Res. Ex. N° 3 / Rol D-030-2018, de 13 de septiembre de 2018, otorgando copia digital del audio solicitado mediante su carga en un dispositivo de reproducción electrónica de un representante de ENAP.

4. El 14 de septiembre de 2018, ENAP presentó dos escritos. En el primero de ellos, la Empresa solicitó tener presente la personería de un conjunto de apoderados en el procedimiento sancionatorio. La segunda presentación solicitó antecedentes relacionados a la modelación contenida en el Informe de Fiscalización DFZ-2018-2287-V-RCA: la entrega de los archivos de datos meteorológicos WRF de entrada del sistema CALPUFF, el conjunto completo de archivos de entrada y salida del sistema CALPUFF, el detalle completo de los cálculos efectuados para determinar la tasa de emisión de COVs y flujos de emisión, los factores y bases técnicas de la modelación



para realizar las estimaciones de benceno, tolueno y xileno y los receptores discretos que se utilizaron y la ubicación geográfica de éstos.

5. El 21 de septiembre de 2018, representantes de ENAP solicitaron una reunión para asistencia al cumplimiento, la que fue celebrada el 26 de septiembre del mismo año con Edmundo Piraino, Anselmo Flores, Cristián Núñez, Eliana Fischman y José Domingo Ilharreborde.

6. Mediante Res. Ex. N° 4 / D-030-2018, de 28 de septiembre de 2018, se resolvieron las presentaciones efectuadas por ENAP el 14 de septiembre, teniendo presente la designación de apoderados y accediendo a la entrega de los antecedentes solicitados, los que fueron cargados a un dispositivo de reproducción electrónica provisto por un representante de la Empresa.

7. El 10 de octubre de 2018, ENAP realizó una presentación en que, en lo principal, formula sus descargos, solicitando tenerlos por presentados dentro de plazo, acogerlos en todas sus partes y, en definitiva, absolverla de todos los cargos contenidos en la Formulación de Cargos. En subsidio, ante el improbable evento que se no se decidiera absolver a la Empresa, se solicita calificar el cargo N° 1 como leve, aplicando a su vez, respecto a todos los cargos formulados, la menor sanción que en derecho corresponda.

8. En un primer otrosí, la Empresa acompaña los siguientes documentos: (i) Informe evacuado por el Colegio Médico de Chile (A.G.) en el recurso de protección Ingreso Corte N° 8061-2018, preparado por su Departamento de Medio Ambiente; (ii) Procedimiento de limpieza de la empresa Nexxo S.A. para los estanques T5104 y T5109; (iii) Copias de la declaración publicada por la SMA en su página web con fecha 5 de septiembre sobre formulación de cargos a ERSA; (iv) Copia de la declaración realizada por la Ministra del Medio Ambiente con fecha 4 de septiembre de 2018; (v) Informe final de faena de la empresa Nexxo S.A. de los estanques T-5104 y T-5109; (vi) Caracterización de las aguas oleosas retiradas del estanque T-5109 mediante camión de vacío, efectuada por el laboratorio SILOB; (vii) Resolución SMA donde consta certificación de SILOB como EFTA; (viii) Copia del comunicado realizado por FENATRAMA con fecha 26 de septiembre de 2018, disponible en su página web; (ix) Copia digital de la declaración de prensa del Seremi de Salud de Valparaíso de fecha 27 de septiembre de 2018; (x) Informe de prueba hidrostática PSEC-212-PH-01, correspondiente al estanque T-5109; (xi) Informe de ensayo elaborado por Laboratorio ANAM sobre aguas oleosas del separador API de Ampliación; (xii) Copia de las solicitudes de trabajo para procedimientos con camiones de vacío en los estanques del año 2004; (xiii) Informe Semanal de Incidentes Terminal Quintero, semanas N°34 (del 20 al 26 de agosto de 2018) a N°40 (del 1 al 7 de octubre de 2018); (xiv) Carta del Centro de Tecnologías Ambientales (CETAM) de la Universidad Técnica Federico Santa María, de fecha 16 de septiembre de 2018; (xv) Diagrama de flujo de procesos y balance de materiales acompañado en el Anexo N°1 de la Adenda del Proyecto; (xvi) Certificados de autocontroles del Terminal Quintero de junio a agosto de 2018; (xvii) Informes de resultados de SILOB de autocontroles de enero a diciembre de 2017 del Terminal Quintero y certificados asociados; (xviii) Informe denominado "Sobre la Probabilidad de Participación de ENAP Terminal Marítimo en Contingencia Ambiental Quintero Sancionatorio Rol N° F-30-2018" preparado por la académica Dra. Patricia Matus Correa; (xix) Informe denominado "Informe Técnico sobre Emisiones de Benceno Consideradas en Escenario 3 de Modelación de Informe Fiscalización SMA DFZ-2018-2287-V-RCA" preparado por don Juan Manuel López y profesor Dr. Luis Cañadas Serrano de INERCO Consultoría; (xx) Informe denominado "Análisis Crítico sobre la Modelación de Calidad de Aire Utilizada por el SMA como Base para la Formulación de Cargos Contra ENAP Refinerías S.A." preparado por don Luis Matamala Cortés de EnviroModeling Ltda.; (xxi) Informe denominado "Estudio sobre Causa del Brote Sanitario que Afectó a la Población de Quintero y Puchuncaví los Meses de Agosto y Septiembre de 2018" preparado por don Pablo Barañao D. de Mejores Prácticas S.A.; (xxii) Informe denominado "Simulación de la Dispersión de Benceno Frente a un Escenario Hipotético de Emisiones del Terminal Quintero de ENAP Refinerías S.A." preparado por el profesor Dr. Luis Alonso Díaz-Robles, de la Universidad de Santiago de Chile; y (xxiii) Informe denominado "Monitoreo de Calidad del Aire en ENAP Terminal Quintero" preparado por el profesor Dr. Francisco Cereceda Balic, de la Universidad Técnica Federico Santa María (Centro de Tecnologías Ambientales, CETAM), y del profesor Dr. Luis Alonso Díaz-Robles, de la Universidad de Santiago de Chile.

9. En un segundo otrosí, ENAP realiza una reserva de prueba, haciendo presente que hará uso de todos los medios de prueba que franquea la ley durante la instrucción del procedimiento sancionatorio para acreditar los hechos en los cuales se fundamentan sus descargos, incluyendo al menos las siguientes pruebas: (i) documental, incluyendo los antecedentes presentados en el Primer Otrosí, así como otros que ENAP estime necesarios para argumentar su defensa, que serán presentados en el transcurso del procedimiento sancionatorio; (ii) testimonial, incluyendo la declaración de, al menos, Francisco Cereceda, Luis Díaz y Doctora Patricia Matus, autores de informes acompañados a los descargos. La diligencia sería de toda relevancia, pues permitiría verificar de manera directa que no existe un vínculo causal entre la actividad del Terminal Marítimo y la afectación de la salud de la población de Quintero. En vista de ello, esta diligencia sería pertinente, por cuanto guarda relación con el procedimiento administrativo de autos y tendría por objeto verificar hechos relevantes para la resolución del mismo, así como conducente, pues guiaría al objetivo de determinar hechos relevantes del procedimiento.

10. A mayor abundamiento, ENAP considera pertinente y conducente que se contrasten las posiciones técnicas sobre los respectivos informes, pues se evitaría de este modo que este Fiscal Instructor actúe con sesgo o parcialidad, debiendo respetarse el derecho al debido proceso de la Empresa, incluyendo el derecho a la presunción de inocencia y la posibilidad de recurrir a todo medio de prueba para acreditarlo. La declaración de los autores de los informes permitiría dar cuenta acabada de las metodologías y antecedentes técnicos utilizados y la validez de sus conclusiones, permitiendo a esta Superintendencia formular consultas respecto a cualquier duda técnica. Finalmente, se señala que los testigos serán presentados directamente por ENAP, previa coordinación de fecha y hora.

11. Respecto a la reserva de prueba solicitada por ENAP, cabe señalar que el artículo 50 de la LO-SMA dispone lo siguiente:

“Recibidos los descargos o transcurrido el plazo otorgado para ello, la Superintendencia examinará el mérito de los antecedentes, podrá ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedan.

*En todo caso, **se dará lugar a las medidas o diligencias probatorias que solicite el presunto infractor en sus descargos, que resulten pertinentes y conducentes.** En caso contrario, las rechazará mediante resolución motivada” (énfasis agregado).*

12. Por otra parte, el artículo 17, letra f) de la LBPA, que resulta aplicable al presente procedimiento sancionatorio en virtud del artículo 62 de la LO-SMA, determina que uno de los derechos de las personas en su relación con la Administración Pública consiste en “formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia”. Ello se condice con el artículo 10° de la misma LBPA, conforme al cual “[l]os interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”.

13. Según se desprende de las disposiciones citadas, ENAP tiene el derecho a formular alegaciones en todo momento, así como a aportar documentos en el transcurso del procedimiento sancionatorio. No obstante, sin perjuicio de las diligencias que puedan decretarse por parte de esta Superintendencia, se dará lugar a las medidas o diligencias probatorias que solicite el presunto infractor en sus descargos, previo análisis de su pertinencia y conducencia. Así, la LO-SMA establece expresamente una oportunidad procesal para que el presunto infractor solicite diligencias, que corresponde a la presentación de descargos.

14. Por tanto, en lo que respecta a la prueba documental que ENAP pueda estimar necesaria para su defensa, ésta debe ser presentada derechamente por la Empresa ante esta Superintendencia durante el procedimiento sancionatorio, sin que resulte procedente anunciar su presentación o reservar el derecho a presentarla en forma anticipada.



15. Ahora bien, respecto a la reserva de prueba relacionada a la toma de declaración de testigos, así como respecto a cualquier diligencia o medida probatoria que ENAP estime necesaria, cabe señalar que la oportunidad para solicitarla es la presentación de descargos, por lo que no procede la reserva de prueba efectuada en relación a la prueba testimonial. Ello, sin perjuicio de la posibilidad que esta Superintendencia determine la realización de pericias e inspecciones que se estimen pertinentes, así como la recepción de los demás medios probatorios que procedan.

16. A mayor abundamiento, dado que ENAP efectúa ciertas declaraciones relativas a la pertinencia y conducencia de la prueba testimonial que pretende hacer valer en el procedimiento sancionatorio, corresponde efectuar algunas consideraciones relativas a la procedencia de la diligencia propuesta en la reserva de prueba. Si bien la redacción de la reserva de prueba es clara —al señalar en la suma del escrito que se trata de una reserva de prueba, anunciando que se *“presentará la declaración de al menos los siguientes testigos”* e indicando que *“[l]os testigos serán presentados directamente por nuestra representada previa coordinación de fecha y hora”*—, puede entenderse que los descargos están en realidad solicitando la diligencia específica de tomar las declaraciones a los testigos enumerados, por lo que a continuación se analizará, de forma complementaria, la pertinencia y conducencia de la diligencia en cuestión.

17. La reserva de prueba se efectúa respecto al testimonio de los Doctores Francisco Cereceda y Luis Díaz, en relación a su informe “Monitoreo de Calidad del Aire en ENAP Terminal Quintero”, así como al testimonio de la Doctora Patricia Matus, relativo a su informe “Sobre la Probabilidad de Participación de ENAP Terminal Marítimo en Contingencia Ambiental Quintero Sancionatorio Rol N° F-30-2018”. Al respecto, el escrito de descargos argumenta que se trata de una diligencia de toda relevancia, pues permitiría a la SMA verificar de manera directa que no existiría ningún vínculo causal entre la actividad desarrollada por ENAP en el Terminal Marítimo y la afectación de la salud de la población de Quintero. Sin embargo, en la misma oración, se indica que esta supuesta falta de vínculo causal se verificará ***“por los motivos técnicos que se explicitan en el citado informe”***.

18. De acuerdo a la Empresa, la diligencia sería pertinente al guardar relación con el procedimiento administrativo de autos y tendría por objeto verificar hechos relevantes para la resolución del mismo. Sería conducente, por otra parte, *“por cuanto guía al objetivo de determinar hechos relevantes del procedimiento”*. Asimismo, se señala que es pertinente y conducente contrastar las posiciones técnicas sobre los respectivos informes para evitar que este Fiscal Instructor actúe con sesgo o parcialidad, asegurando por tanto que se respete el debido proceso de ENAP.

19. De acuerdo a la Empresa, la declaración de los autores respectivos permitiría *“dar cuenta de manera acabada de las **metodologías y antecedentes técnicos** utilizados para el desarrollo del informe y la **validez de las conclusiones** a que el mismo arriba”*, considerando la complejidad de las materias en cuestión y la gravedad de lo que se imputa a la Empresa. Permitiría, además, que esta Superintendencia formule consultas para aclarar dudas respecto a la validez técnica de los informes, pues éstos desvirtúan las conclusiones preliminares de la formulación de cargos.

20. Como ha reconocido esta Superintendencia en numerosas ocasiones, se entiende que las diligencias probatorias son pertinentes cuando éstas guardan relación con el procedimiento o cuando tienen por objeto verificar algún hecho relevante para la resolución del procedimiento. Son diligencias probatorias conducentes, por otra parte, aquellas que conducen o guían a un objetivo o a una situación, que en el contexto del procedimiento sancionatorio, no puede ser otro que determinar algún hecho o circunstancia objeto de la investigación. En virtud de estos conceptos, debe señalarse que la prueba testimonial que pretende rendir ENAP resulta pertinente, pues se relaciona con el procedimiento, pero no es conducente, pues ambos informes referidos explicitan las metodologías y antecedentes técnicos utilizados para su desarrollo, que sustentarían la validez de sus conclusiones.



21. En definitiva, al versar sobre materias que se encuentran contenidas en los propios informes, según reconoce expresamente ENAP, no se aprecia que la prueba testimonial guíe a la determinación de algún hecho o circunstancia de la investigación, pues la prueba documental sobre la que tratarían los testimonios debiera resultar autosuficiente, tanto para sustentar su aproximación metodológica como para acreditar su validez técnica. Lo anterior resulta especialmente atendible, si se considera la abundante prueba documental que ha acompañado ya ENAP a sus descargos, lo que lleva a cuestionar la necesidad de añadir testimonios expertos que versarán precisamente respecto a las mismas materias contenidas en los numerosos informes acompañados en el primer otrosí.

22. Por otra parte, respecto al argumento sobre la importancia de las declaraciones de los testigos, que permitirán a la SMA formular aquellas consultas que permitan esclarecer cualquier duda respecto a la validez técnica del informe en comento, cabe indicar que los propios informes debieran explicar en forma suficiente las razones que sustentan su validez técnica. El documento en sí mismo debiera contener información confiable, metodologías que cumplan con los estándares habitualmente exigidos o reconocidos en el ámbito internacional, datos crudos e interpretaciones plausibles, premisas válidas conforme a las circunstancias analizadas, entre otros aspectos; en tal sentido, la opinión del autor del informe no es un testimonio que permita aportar algún elemento distinto que los contenidos del propio informe. Si se aceptara la premisa que es necesaria la opinión del autor para explicar la validez técnica del informe, este dejaría de ser autosuficiente y, por tanto, perdería sustento como elemento probatorio, situación que en cualquier caso corresponde determinar en una oportunidad procesal posterior.

23. En tal sentido, la jurisprudencia ha resuelto que que “la LOSMA en su art. 50 inciso segundo faculta a la SMA para no dar lugar a las medidas o diligencias probatorias que no resulten pertinentes o conducentes a juicio de aquella, siempre que lo haga mediante resolución motivada”¹. Como ha determinado el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, “lo que exige el respeto al debido proceso, el respeto al justo y racional procedimiento, y el derecho a defensa, no es que se acepten todas y cada una de las pruebas propuestas por una parte; lo que exige es que cuando se decida rechazar una prueba deben darse los fundamentos para hacerlo y estos han de ser adecuados”². Lo anterior, se justifica especialmente tratándose de medios probatorios que resultan sobreabundantes, al referirse a aspectos que ya han sido objeto de otros medios probatorios; la jurisprudencia ha estimado que “una prueba sobreabundante es improcedente, innecesaria, impertinente e inconducente”³, por cuanto en los informes técnicos “han debido quedar registradas las metodologías e informaciones utilizadas, sus análisis técnicos y sus respectivas conclusiones, siendo innecesario que uno de los profesionales que elaboró el informe ilustre al Fiscal Instructor acerca de los méritos técnicos de su trabajo, incluso a título de testigo experto”⁴.

24. Finalmente, cabe aclarar que la negativa a desarrollar la diligencia solicitada, en vista que ésta pueda resultar inconducente, se sustenta debidamente en los hechos y fundamentos de derecho que se expresan en el presente acto. Lo resuelto no afecta de modo alguno la ponderación cuidadosa que se efectuará de los informes presentados, en la oportunidad procesal correspondiente, ni perjudica la posibilidad de contrastar las posiciones técnicas respecto a las materias controvertidas en el presente procedimiento, siendo posible en todo momento decretar nuevas diligencias conforme al artículo 50, ya citado, de la LO-SMA.

RESUELVO:

¹ Considerando 15°, Sentencia de 4 de agosto de 2015, causa rol R-11-2015, del Ilustre Tercera División de Sancción y Cumplimiento Tribunal Ambiental.

² Considerando 17°, Sentencia de 24 de diciembre de 2015, causa rol R-21-2015, del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental.

³ *Ibid.*, Considerando 19°.

⁴ *Ibid.*, Considerando 20°.



I. **TÉNGANSE POR PRESENTADOS LOS DESCARGOS**, los que serán ponderados según su mérito, en la oportunidad procesal correspondiente.

II. **TÉNGANSE POR ACOMPAÑADOS** los documentos individualizados en el primer otrosí del escrito de descargos, enumerados en el Considerando 8° del presente acto, así como el CD presentado junto al mismo escrito.

III. **NO HA LUGAR** a la reserva de prueba solicitada por ENAP Refinerías S.A., en atención a los argumentos expuestos en los considerandos 11° al 24° del presente acto. Con todo, **TÉNGASE PRESENTE**, en relación a lo expresado en el segundo otrosí de la presentación de ENAP Refinerías S.A. de 10 de octubre de 2018, lo dispuesto en los artículos 10 y 17, letra f), de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

IV. **NOTIFICAR POR CARTA CERTIFICADA**, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la Ley N° 19.880, a Cristian Antonio Núñez Riveros, en representación de ENAP Refinerías S.A., domiciliado en Av. Apoquindo N° 2929, Piso 5, comuna de Las Condes.


Gonzalo Parot Hillmer
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente



Distribución:

- Cristian Antonio Núñez Riveros, Representante Legal de ENAP Refinerías S.A., domiciliado en Av. Apoquindo N° 2929, piso 5, comuna de Las Condes.